

Polizei
Studium
Praxis

SCHRIFTENREIHE

Staatsrecht für Polizeibeamte

von Frank Braun



VERLAG DEUTSCHE POLIZEILITERATUR GMBH
Buchvertrieb

© VERLAG DEUTSCHE POLIZEILITERATUR GMBH Buchvertrieb, Hilden
Braun „Staatsrecht für Polizeibeamte“, 3. Auflage 2024

ISBN 978-3-8011-0943-1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet
diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.de> abrufbar.

Leseprobe

www.vdpolizei.de

3. Auflage 2024

© VERLAG DEUTSCHE POLIZEILITERATUR GMBH Buchvertrieb;

Hilden/Rhld., 2024

Alle Rechte vorbehalten

Satz: VDP GMBH Buchvertrieb, Hilden

Druck und Bindung: Plump Druck & Medien GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

ISBN 978-3-8011-0943-1

© VERLAG DEUTSCHE POLIZEILITERATUR GMBH Buchvertrieb, Hilden

Braun „Staatsrecht für Polizeibeamte“, 3. Auflage 2024

ISBN 978-3-8011-0943-1

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	15
Literaturverzeichnis	17

1. Abschnitt: Grundstudium

1. Teil: Verfassungsgrundsätze	19
A. Republik	19
B. Sozialstaat	20
C. Bundesstaat	20
I. Gesetzgebung	21
II. Verwaltungskompetenzen	21
III. Rechtsprechung	22
D. Demokratie	23
I. Der Demokratiebegriff des Grundgesetzes	23
1. Volksherrschaft	23
2. Repräsentative Demokratie und freies Mandat	23
II. Demokratische Legitimation der Staatsorgane	24
III. Demokratische Willensbildung durch Wahlen und Parteien	25
1. Wahlen	25
2. Parteien	26
IV. Mehrheitsprinzip, Minderheitenschutz und wehrhafte Demokratie	27
1. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz	27
2. Wehrhafte Demokratie	28
E. Rechtsstaat	29
I. Gewaltenteilung	30
II. Grundrechtsbindung der Staatsgewalt: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	31

1. Vorbehalt des Gesetzes	32
2. Vorrang des Gesetzes.....	32
3. Normenhierarchie, formelle Gesetze, materielle Gesetze und Verwaltungsvorschriften	33
III. Rechtssicherheit: Bestimmtheitsgrundsatz und Vertrauensschutz.....	35
1. Bestimmtheitsgrundsatz.....	35
2. Vertrauensschutz: Rückwirkung von Gesetzen	38
IV. Effektiver Rechtsschutz.....	39
V. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	40
1. Legitimer Zweck	41
2. Geeignetheit	42
3. Erforderlichkeit.....	42
4. Angemessenheit („Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“)	43
VI. Gerechtigkeit.....	45
1. Gerechtigkeit durch Verfahren	45
2. Zielkonflikte: Materielle Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit	46
2. Teil: Allgemeine Grundrechtslehren.....	47
A. Einleitung.....	47
B. Der Begriff der Grundrechte	47
C. Die Funktionen der Grundrechte.....	48
I. Die Grundrechte als subjektives Recht.....	49
1. Status negativus	49
2. Status positivus	49
3. Status activus	50
II. Die Grundrechte als objektives Recht	50
1. Drittwirkung von Grundrechten	50
2. Staatliche Schutzpflichten.....	51
3. Einrichtungsgarantien	52
D. Grundrechtsarten.....	53
I. Freiheits-, Gleichheits- und Justizgrundrechte.....	53
II. Menschen- und Bürgerrechte.....	54

E. Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsmündigkeit	55
I. Grundrechtsfähigkeit	55
1. Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen	56
2. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)	58
II. Grundrechtsmündigkeit	59
3. Teil: Die Grundrechtsprüfung	60
A. Die Prüfungsreihenfolge	60
B. Die Prüfung von Grundrechtsverletzungen bei Freiheitsgrundrechten	61
I. Schutzbereich	61
II. Eingriff	61
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	63
1. Schranken	63
2. Schranken-Schranken	64
C. Die Prüfung von Grundrechtsverletzung bei Gleichheitsgrundrechten	74
I. Prüfungsschema Gleichheitsrechte	74
1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung (bzw. Gleichbehandlung)?	74
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung (bzw. Gleichbehandlung)?	75
II. Abschließender Beispielsfall	76
4. Teil: Die einzelnen Grundrechte	76
A. Allgemeine Handlungsfreiheit	76
I. Allgemeines	76
II. Schutzbereich	77
1. Personeller Schutzbereich	77
2. Sachlicher Schutzbereich	77
3. Eingriff	78
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	78
5. Bezug zu typischen polizeilichen Standardmaßnahmen	79

6. Beispielsfall.....	79
7. Sonderproblem: Polizeiliche Schutzpflicht und das Recht auf Selbstgefährdung	80
B. Menschenwürde.....	81
I. Allgemeines.....	81
1. Menschenwürde als Abwehrrecht	81
2. Menschenwürdegarantie als staatliche Schutzpflicht.....	82
3. Menschenwürde als Leistungsrecht	82
II. Schutzbereich und Eingriff.....	82
1. Personeller Schutzbereich	82
2. Sachlicher Schutzbereich und Eingriff	83
3. Beispielsfälle.....	84
C. Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG).....	86
I. Eingriff in den Schutzbereich	86
1. Schutzbereich.....	86
2. Eingriff	87
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	90
1. Schranken.....	90
2. Besondere grundgesetzliche Verfahrensvorschriften bei Freiheitsentziehung, Art. 104 Abs. 2– 4 GG.....	91
3. Schranken-Schranken.....	94
III. Beispielsfall: „Der vergessene Räuber“.....	94
1. Sachverhalt.....	94
2. Lösungsvorschlag	94
D. Das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG)	100
I. Schutzbereich und Eingriff.....	100
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	101
1. Schranken.....	101
2. Schranken-Schranken.....	101
III. Bezug zu typischen polizeilichen Standardmaßnahmen	101
IV. Beispielsfall	102

E. Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)	103
I. Überblick	103
II. Schutzbereich	104
1. Personeller Schutzbereich	104
2. Sachlicher Schutzbereich	104
III. Eingriff	106
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Schranken	107
1. Die qualifizierten Gesetzesvorbehalte in Art. 13 Abs. 2 und 7 GG	107
2. Polizeiliche „Nachschau“ in Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen	110
V. Übungsfall: Ärger in der Kneipe	110
F. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)	117
I. Überblick	117
II. Schutzbereich und Eingriff	117
1. Personeller Schutzbereich	117
2. Sachlicher Schutzbereich	118
3. Eingriff	121
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Schranken	121
G. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	122
I. Überblick	122
II. Schutzbereich und Eingriff	122
1. Personeller Schutzbereich	122
2. Sachlicher Schutzbereich	124
III. Eingriff	126
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	128
1. Schranken	128
2. Schranken-Schranken	128
H. Eigentum und Erbrecht	130
I. Normzweck	130
II. Schutzbereich	131
1. Personeller Schutzbereich	131
2. Sachlicher Schutzbereich	131
III. Eingriff	134

IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	135
1. Schranken	135
2. Schranken-Schranken	135
I. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	136
I. Allgemeines	136
1. Die Struktur des Art. 4 GG	136
2. Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates	137
II. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	137
1. Schutzbereich	137
2. Eingriff	144
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	144
J. Leben und körperliche Unversehrtheit	145
I. Allgemeines	145
II. Schutzbereich	146
1. Personeller Schutzbereich	146
2. Sachlicher Schutzbereich	146
III. Eingriff	147
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	148
V. Klausurrelevante Fallbeispiele	149
1. Finaler Rettungsschuss	149
2. Verhinderung einer Selbsttötung	151
K. Die Gleichheitsrechte	154
I. Allgemeines	154
1. Allgemeine und spezielle Gleichheitssätze	154
2. Verhältnis von Freiheits- und Gleichheitsrechten	155
3. Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit	155
II. Der allgemeine Gleichheitssatz	156
1. Prüfungsaufbau	156
2. Beispielsfall	157
III. Die speziellen Gleichheitsrechte	158
1. Gleichberechtigung, Art. 3 Abs. 2 GG	158
2. Diskriminierungsverbote, Art. 3 Abs. 3 GG	159

5. Teil: Polizeiliche Standardmaßnahmen und Grundrechte	162
A. Die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	162
B. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG)	164
C. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)	165
D. Das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG)	166
E. Das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG)	167
F. Das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG)	168
G. Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)	169
H. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)	170
I. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	170

2. Abschnitt: Hauptstudium

1. Teil: Die Kommunikationsfreiheiten	171
A. Die Meinungsfreiheit	171
I. Schutzbereich	171
1. Personeller Schutzbereich	171
2. Sachlicher Schutzbereich	171
II. Eingriff	174
III. Schranken	175
1. Die „allgemeinen Gesetze“	175
2. Das Recht der persönlichen Ehre	176
3. Die Bestimmungen zum Schutze der Jugend	177
IV. Schranken-Schranken	177
1. Zitiergebot	177
2. Wechselwirkungslehre	177
3. Zensurverbot und Art. 17a Abs. 1 GG	181

B. Die weiteren Kommunikationsfreiheiten	181
I. Informationsfreiheit	181
II. Pressefreiheit	182
III. Rundfunkfreiheit	183
IV. Filmfreiheit	183
2. Teil: Versammlungsfreiheit	187
A. Die Versammlungsfreiheit als Abwehrrecht	187
I. Schutzbereich	187
1. Personeller Schutzbereich	187
2. Sachlicher Schutzbereich	187
II. Eingriff	195
III. Schranken	197
1. Versammlungen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen	197
2. Schrankenbestimmungen für Versammlungen unter freiem Himmel	198
IV. Schranken-Schranken	208
1. Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht	208
2. Zitiergebot	208
3. Verhältnismäßigkeit	208
V. Verhältnis von Versammlungsfreiheit und Meinungsfreiheit	209
B. Kooperations- und Schutzpflichten aus Art. 8 GG	210
I. Kooperationsgebot	210
II. Verpflichtung zum Schutz vor Störungen	210
1. Schutzaufgabe in § 3 Abs. 1 VersG NRW	210
2. Das Störungsverbot in § 7 VersG NRW	212
C. Mittelbare Drittwirkung von Art. 8 GG	214
Stichwortverzeichnis	219

1. Abschnitt: Grundstudium

1. Teil: Verfassungsgrundsätze

Die tragenden Verfassungsgrundsätze (auch **Staatsstrukturprinzipien** genannt) sind in Art. 20 GG geregelt. In Art. 20 Abs. 1 GG heißt es: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“ Daraus folgen die Grundsätze der „**Republik**“ sowie das **Demokratie-, Sozialstaats- und Bundesstaatsprinzip**. Das für die polizeiliche Ausbildung wichtigste Prinzip, das **Rechtsstaatsprinzip**, ist nicht genannt, kommt aber in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck, wenn dort geregelt ist, dass die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden sind.

Dass diese Grundsätze konstituierend für die Verfassung unseres Landes sind, zeigt ein Blick auf die Regelung in Art. 79 Abs. 3 GG, die sog. **Ewigkeitsgarantie**. Dort ist geregelt, dass die in Art. 20 GG festgeschriebenen Staatsstrukturprinzipien und die in Art. 1 GG enthaltenen Garantien (insbesondere der Schutz der Menschenwürde) einer Grundgesetzänderung nicht zugänglich sind. Gleichzeitig bedeutet dies, dass alle anderen Vorschriften der Verfassung grundsätzlich mit der erforderlichen „Zwei-Drittel-Mehrheit“ in Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 2 GG) Änderungen oder gar Streichungen erfahren können.

A. Republik

Republik ist in erster Linie als Gegensatz zur Monarchie zu verstehen, als ein **Verbot der Monarchie**. In einem weitverstandenen Sinn kann das republikanische Prinzip als die Verpflichtung der Staatsgewalt auf die Interessen der „res publica“, also auf das Gemeinwohl, verstanden werden.¹ **Diese Gemeinwohlorientierung** kommt etwas klarer in den Eidesformeln von Bundespräsident, Bundeskanzler und -minister (Art. 56, 64 Abs. 2 GG) zum Ausdruck, die sich dazu verpflichten, ihre „Kraft dem Wohle des deutschen Volkes zu widmen, seinen Nutzen zu mehren und Schaden von ihm abwenden“.

¹ Hesse, Grundzüge, Rn. 121.

B. Sozialstaat

Unter einem **Sozialstaat** versteht man einen gemeinwohlorientierten Staat, der zur Abhilfe sozialer Not und zu einem gewissen Mindestausgleich der sozialen Verhältnisse verpflichtet ist.² Allerdings lässt das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Herstellung einer gerechten Sozialordnung einen sehr **weiten Gestaltungsspielraum**³. Dies liegt in der Natur der Sache. Zum einen sind sozialstaatliche Leistungen stark konjunkturabhängig und stehen unter dem Vorbehalt des Möglichen. Zum anderen müssen sozialrechtliche Regelungen detailliert getroffen werden, was notwendig Sache des einfachen Gesetzgebers ist. Daher bestehen grundsätzlich keine Leistungsansprüche von Bürgern, die unmittelbar mit dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip begründet werden können. Mit einer Ausnahme: Der Gesetzgeber hat – abgeleitet aus dem Sozialstaatsprinzip und der Menschenwürdegarantie, Art. 1 Abs. 1 GG – einen „sozialen Mindeststandard“ einzuhalten, der sich aber in der Verpflichtung der Gewährleistung eines **menschenwürdigen Existenzminimums** (mittels der „Bürgergeld“-Leistungen) erschöpft.⁴

C. Bundesstaat

In der Bundesrepublik Deutschland ist die Staatsgewalt neben der horizontalen Gewaltenteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative vertikal auf Bund und Länder verteilt. Dies bezeichnet man als **Bundesstaatsprinzip**⁵. Seinen verfassungsrechtlichen Niederschlag findet es in Art. 20 Abs. 1 GG („Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Bundesstaat“). Wie der Bund haben die Länder gesetzgebende Organe (die Landtage), vollziehende Organe (an der Spitze die jeweilige Landesregierung) und Gerichte, die die Rechtsprechung ausüben. Nach Art. 30 GG sind grundsätzlich die Länder für die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig, es sei denn, das Grundgesetz trifft zugunsten des Bundes eine andere Regelung. Das Grundgesetz enthält ausführliche Vorschriften, wie die einzelnen staatlichen Aufgaben zwischen Bund und Ländern verteilt werden. Nämlich in den Regelungen des Grundgesetzes über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in der Gesetzgebung (Art. 70 ff. GG), in der Verwaltung (Art. 83 ff. GG), in der Rechtsprechung (Art. 92 ff. GG) sowie – im hier nicht interessierenden – Bereich des Finanzwesens (Art. 104a ff. GG).

2 Vgl. BVerfGE 1, 97 (105).

3 BVerfGE 94, 241 (263); BVerfGE 132, 134.

4 BVerfGE 125, 175.

5 Zum Bundesstaatsprinzip Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2010, 873.

I. Gesetzgebung

Bei der **Gesetzgebung** gibt es Kataloge (Art. 73, 74 GG = ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung des Bundes), die nach Sachmaterien geordnet aufzählen, in welchen Fällen der Bund für den Erlass eines Gesetzes zuständig ist⁶. Ist eine Materie nicht in einem der Kataloge genannt, bleibt es bei der grundsätzlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder, vgl. Art. 70 GG.

Beispiele: Das allgemeine Polizeirecht ist „Ländersache“. Es besteht im Grundgesetz keine explizite Zuweisung der Gesetzgebungsmaterie an den Bund, sodass Art. 30, 70 GG greift und das PolG NRW in die Gesetzgebungszuständigkeit des nordrhein-westfälischen Landtages fällt. Anders verhält es sich beim Strafrecht (StGB) und der Strafprozessordnung (StPO). Regelungen hierzu durfte der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 72 GG (konkurrierende Gesetzgebung) erlassen.

II. Verwaltungskompetenzen

Auf der Ebene des **Gesetzesvollzug**, der Kernaufgabe der Verwaltung, sieht das Grundgesetz als Regelfall vor, dass Bundesgesetze von den Landesverwaltungen vollzogen werden (Art. 83 GG)⁷. Daneben gibt es ausdrücklich geregelte Fälle, bei denen der Bund durch eigene Verwaltungsbehörden seine Gesetze vollziehen darf (Art. 87 ff.; Ausnahme der Bundesverwaltung). Die Länder vollziehen ihre Landesgesetze stets selbst.

Beispiel: Das WaffenG ist ein Bundesgesetz, das nach dem Grundsatz des Art. 83 GG von den Ländern vollzogen wird; in Nordrhein-Westfalen sind die Kreispolizeibehörden zuständig. Dagegen wird die Zentralstellenfunktion für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen bei der Kriminalitätsbekämpfung durch den Bund selbst vollzogen, indem nach Art. 87 Abs. 1 GG hierfür eine Bundesoberbehörde, das Bundeskriminalamt, geschaffen wurde.

6 Zu den Gesetzgebungskompetenzen, Bäumrich, JuS 2018, 123.

7 Zu den Verwaltungskompetenzen bei der Ausführung von Bundesgesetzen Voßkuhle/Kaiser, JuS 2017, 316.

III. Rechtsprechung

Auch die **rechtsprechende Gewalt** ist zwischen Bund und Ländern verteilt. Der Bund errichtet nur die obersten Gerichtshöfe. Das sind der Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesarbeitsgericht, das Bundessozialgericht und der Bundesfinanzhof. Die Länder schaffen dagegen die Eingangsgerichte (z.B. die Verwaltungsgerichte) und die Mittelinstanzen (z.B. die Oberverwaltungsgerichte). Letzte Instanz bilden die obersten Gerichtshöfe des Bundes, die auf diese Weise bundesweit eine einheitliche Anwendung des Rechts sichern.

Eine Sonderstellung nimmt das **Bundesverfassungsgericht** ein. Dieses ist als „Hüter der Verfassung“ exklusiv nur für *verfassungsrechtliche* Streitigkeiten zuständig. Dem *BVerfG* kommt damit die Letztentscheidungsbefugnis über die Auslegung des Grundgesetzes zu.⁸

Das *BVerfG* entscheidet zum einen in **Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen** (etwa von Regierung und Parlament) über die Anwendung und Auslegung spezifischen Verfassungsrechts. Zum anderen gewährt es **jedem Bürger** mit dem Instrument der **Verfassungsbeschwerde** Schutz, durch die er geltend machen kann, durch staatliches Handeln in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt worden zu sein. Darüber hinaus entscheidet das Gericht über weitere ihm zugewiesene Sachverhalte, wie über die Verwirkung von Grundrechten und über die Verfassungswidrigkeit von Parteien. Mit Abstand die größte praktische Bedeutung hat die Verfassungsbeschwerde.⁹

Entscheidungen des *BVerfG* binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG). Bestimmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere über die **Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm**, haben Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) und gelten über den Einzelfall hinaus. Ein verfassungswidriges Gesetz erklärt das Bundesverfassungsgericht im Regelfall für nichtig. Die Nichtigkeit wirkt auch in die Vergangenheit und führt rechtlich gesehen zu einem Zustand, als ob das Gesetz niemals erlassen worden

⁸ Das *BVerfG* ist nicht nur Gericht, sondern zugleich auch Verfassungsorgan. Es ist mit den übrigen Verfassungsorganen gleichrangig und kann mit seinen Entscheidungen in die Handlungsbereiche der übrigen Verfassungsorgane eingreifen, wenn es die Übereinstimmung ihrer Handlungen mit dem Grundgesetz mit bindender Wirkung beurteilt. Das *BVerfG* nimmt damit unweigerlich Einfluss auf die politische Staatsleitung, sodass seine Rechtsprechung immer auch eine politische Rechtsprechung ist.

⁹ Die Zahl jährlich erhobener Verfassungsbeschwerden liegt derzeit bei etwa 4.700.

wäre. Formelle Gesetze (also Parlamentsgesetze, dazu 1. Abschnitt, 1. Teil, E. II. 3.) kann nur das *BVerfG* für grundgesetzwidrig erklären (sog. **Verwerfungsmonopol**)¹⁰.

D. Demokratie

I. Der Demokratiebegriff des Grundgesetzes

1. Volksherrschaft

Demokratie bedeutet **Volksherrschaft**¹¹. So normiert Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Der Volksbegriff bezieht sich dabei ausschließlich auf Deutsche i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG, d.h. im Wesentlichen (Ausnahmen sind die gleichgestellten Statusdeutschen¹²) auf **deutsche Staatsangehörige**. Ausländer gehören nicht zum Staatsvolk und sind von der Teilnahme an der demokratischen Willensbildung ausgeschlossen. Erwerb und Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit sind im Staatsangehörigkeitsgesetz geregelt.

2. Repräsentative Demokratie und freies Mandat

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG deutet an, wie das Volk die Staatsgewalt ausübt, nämlich durch Wahlen und Abstimmungen sowie durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Aus dem Normtext ergibt sich die **Struktur einer repräsentativen** (auch indirekte oder mittelbare) Demokratie. Das bedeutet, dass politische Sachentscheidungen im Gegensatz zur direkten Demokratie nicht unmittelbar durch das Volk selbst, sondern durch gewählte Abgeordnete getroffen werden (der Willensbildungsprozess vom Volk zu den Organen erfolgt damit von „unten nach oben“). Die Abgeordneten sind nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Vertreter des *ganzen* Volkes. Sie sind deshalb nicht an Aufträge und Wei-

¹⁰ Andere Gerichte sind unbedingt an die formellen Gesetze gebunden und müssen sie anwenden. Haben sie begründete Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines formellen Gesetzes, müssen sie diese Frage dem *BVerfG* vorlegen, das dann über die Gültigkeit der Regelung entscheidet (vgl. Art. 100 GG).

¹¹ Zum Demokratiebegriff Pieroth, JuS 2010, 473.

¹² Nach Art. 116 Abs. 1 GG ist Statusdeutscher, wer als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat. Darunter fallen insbesondere sog. Aussiedler bzw. Spätaussiedler, die seit dem Jahr 1950 als „deutsche Volkszugehörige“ im oben genannten Sinne aus den (ehemals) kommunistischen Staaten Ostmittel-, Südost- und Osteuropas in die Bundesrepublik Deutschland emigriert sind.

sungen (etwa der Partei, der sie angehören) gebunden, sondern nur ihrem Gewissen unterworfen (**freies Mandat**).

In Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ist auch ein plebiszitärdemokratisches Element enthalten (also ein Kennzeichen der direkten Demokratie, wie sie etwa in der Schweiz gelebt wird), wenn dort von „Abstimmungen“, also Volksabstimmungen bzw. Plebisziten, die Rede ist. Im Grundgesetz spielen Abstimmungen keine besondere Rolle und sind nur für Fälle vorgesehen, die in der Praxis nie eintreten werden (z.B. wäre eine Volksabstimmung bei einer Neugliederung des Bundesgebietes erforderlich, vgl. Art. 29, 118, 118a GG). Allerdings enthalten einige Landesverfassungen weiterreichende, praktisch bedeutsame direkte Ausübungen des Volkswillens durch Abstimmungen (zumeist als Volksbegehren bzw. Volksentscheid bezeichnet), etwa im Freistaat Bayern.

Alle **wesentlichen** Entscheidungen des Gemeinwohls werden in der Bundesrepublik Deutschland von den Parlamenten (Bundestag und Landtage) getroffen. Der Bundestag etwa ist das zentrale Gesetzgebungsorgan und Kontrollorgan gegenüber der Bundesregierung. Insoweit spricht man auch von einer **parlamentarischen Demokratie**.

II. Demokratische Legitimation der Staatsorgane

Hoheitliche Entscheidungen müssen auf das Volk als Träger der Staatsgewalt zurückgeführt werden können. In der repräsentativen Demokratie bedeutet das, dass zwischen der Entscheidung eines Hoheitsträgers und der Parlamentswahl eine **ununterbrochene Legitimationskette** bestehen muss.¹³

Beispiel: Der Bundeskanzler ist demokratisch legitimiert, da er durch den vom Volk gewählten Bundestag gewählt wird (Art. 63 Abs. 1 GG).

13 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 ff.

III. Demokratische Willensbildung durch Wahlen und Parteien

1. Wahlen

Fundament der repräsentativen Demokratie sind mit Blick auf die erforderliche Legitimation allen staatlichen Handelns durch den Volkswillen die Parlamentswahlen. Das Grundgesetz statuiert für die Bundestagswahl in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und über Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch für die Landtags- und Kommunalwahlen die Einhaltung bestimmter **Wahlrechtsgrundsätze**, die unmittelbare Ausprägung des Demokratieprinzips sind. Nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG müssen die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl gewählt werden, wie die Übersicht genauer zeigt.

Wahlrechtsgrundsätze

1. Allgemeine Wahl

- mit der Zugehörigkeit zum Staatsvolk ist grundsätzlich das Recht verbunden, zu wählen (aktives Wahlrecht) und gewählt zu werden (passives Wahlrecht)
- d.h.: Verbot des Ausschlusses bestimmter Bevölkerungsgruppen aus politischen, sozialen und wirtschaftlichen Gründen, unabhängig von Rasse, Religion, Geschlecht etc.
- zulässige Ausnahmen: z.B. Mindestalter gem. Art. 38 Abs. 2 GG, Inkompatibilitäten gem. Art. 55 Abs. 1, 94 Abs. 1 GG etc.

2. Unmittelbare Wahl

- es darf keine weitere Willensentscheidung zwischen Stimmgabe und Mandatsvergabe treten, insb. kommen zwischengeschaltete Gremien, wie z.B. Wahlmänner nicht in Frage
- die Wahl über Listen verstößt nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl, weil die Liste schon vor der Wahl aufgestellt wird und dann unveränderbar („starr“) ist; der nachträgliche Listenplatzverlust durch Parteiaustritt/-ausschluss verstößt ebenfalls nicht gegen die Unmittelbarkeit der Wahl.

3. Freie Wahl

- keine unzulässige Einflussnahme (insb. Zwang) auf die Wähler beim Wahlvorgang; daneben ist auch ein grundsätzlich freies Wahlvorschlagsrecht für alle Wahlberechtigten gewährleistet
- zulässig sind dagegen Ankündigungen und Versprechungen sowie Empfehlungen durch Kirchen, Gewerkschaften, Arbeitgeber vor der Wahl (auch die sog. „Hirtenbriefe“)
- zulässig ist auch die notwendige Öffentlichkeitsarbeit der Regierung, die jedoch dort endet, wo die Wahlwerbung beginnt

4. Gleiche Wahl

- Zählwertgleichheit, d.h. jeder Wähler hat die gleiche Stimmenzahl, und jede Stimme geht in gleicher Weise in die Berechnung des absoluten Wahlergebnisses ein
- Erfolgswertgleichheit, d.h. jede Stimme hat den gleichen Einfluss auf die Sitzverteilung im Bundestag¹⁴

5. Geheime Wahl

- die Stimmabgabe darf weder offen noch öffentlich erfolgen
- Recht des Wählers, seine Wahlentscheidung für sich zu behalten
- Ein Verzicht darauf ist unzulässig

2. Parteien

Die Parteien¹⁵ sind **Mittler zwischen dem Volk und den Staatsorganen**, indem sie die Meinung des Volkes bündeln und Wahlvorschläge unterbreiten. Sie sind **keine Staatsorgane** und dürfen von diesen auch nicht finanzielle abhängig sein (Verbot staatlicher Parteienfinanzierung¹⁶). Unentbehrlich für eine demokratische Verfasstheit ist die **Gründungsfreiheit** (Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG) und **Chancengleichheit** der Parteien (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Zu letzterem gehört insbesondere die Pflicht, dass

14 Abweichungen davon können in geringem Umfang aufgrund des Phänomens sog. Überhangmandate statthaft sein.

15 Parteien müssen drei Merkmale aufweisen: Sie müssen Vereinigungen von Bürgern sein, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen und nach ihrem Gesamtbild, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bieten. Vgl. § 2 Abs. 1 PartG sowie BVerfGE 121, 30 (55); 85, 264 (287).

16 Über die Wahlkostenerstattung dürfen die Parteien nur teilfinanziert werden, § 18 Abs. 1 Satz 1 PartG.

sich Staatsorgane in ihrer amtlichen Eigenschaft unabhängig von ihrer eigenen Parteimitgliedschaft neutral gegenüber den (anderen) Parteien verhalten (**Neutralitätspflicht**).

Beispiel: In Bezug auf eine „Anti-Asyl“-Veranstaltung der Partei AfD veröffentlichte die Bundesministerin für Bildung und Forschung auf der Homepage des von ihr geführten Ministeriums eine Pressemitteilung, in der sie wie folgt äußerte: „Die Rote Karte sollte der AfD und nicht der Bundeskanzlerin gezeigt werden. Sprecher der Partei leisten der Radikalisierung in der Gesellschaft Vorschub. Rechtsextreme, die offen Volksverhetzung betreiben, erhalten damit unerträgliche Unterstützung.“ Das *BVerfG* erkannte darin einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot aus Art. 21 GG¹⁷.

Parteien sind **zivilrechtliche Vereinigungen**.¹⁸ Sie sind als nicht wirtschaftliche Vereine organisiert; im Falle ihrer Eintragung in das Vereinsregister als rechtsfähiger Verein nach § 21 BGB, anderenfalls als nichtrechtsfähiger Verein gemäß § 54 BGB.

IV. Mehrheitsprinzip, Minderheitenschutz und wehrhafte Demokratie

1. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz

Der politische Entscheidungsprozess vollzieht sich in einer Demokratie nach dem **Mehrheitsprinzip** als fundamentalem Grundsatz.¹⁹ Freilich gilt es sich gegen eine „Tyrannei der Mehrheit“ zu wappnen: Auch die politische Herrschaftsmacht der Mehrheit muss notwendig begrenzt werden. Eine „echte“ Demokratie zeichnet sich insbesondere im Umgang mit kritischen Stimmen aus dem Volk aus. Demokratische Volksherrschaft, bedeutet auch **Minderheitenschutz**, der im Grundgesetz an mehreren Stellen in Erscheinung tritt: Durch regelmäßig stattfindende Wahlen wird etwa der Minderheit die Möglichkeit gegeben, zur Mehrheit zu werden (Art. 39 GG) oder das Bundesstaatsprinzip erschwert es der Mehrheit, regionale Minderheiten zu beeinträchtigen (Art. 20 Abs. 1 GG).

¹⁷ BVerfG v. 27.2.2018 – 2 BvE 1/16.

¹⁸ BVerfGE 1, 208 (225).

¹⁹ BVerfGE 29, 154 (165).

Zentrale Garantie des Minderheitenschutzes sind aber die Grundrechte, die allen Bürgern Schutz vor Freiheits- und gleichheitswidrigen Mehrheitsentscheidungen gewährleisten sowie die Bestimmungen des Grundgesetzes zum Rechtsschutz (weisungsunabhängige, neutrale Gerichte) sowie die Verfassungsgerichtsbarkeit (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 92 ff. GG). Eine herausragende Stellung in Bezug auf ihre demokratische Funktion nehmen dabei die **grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 5 Abs. 1, 8 und 9 GG** ein: Das Volk muss die Möglichkeit haben, sich ungehindert zu informieren, Meinungen zu bilden und diese – gerade auch über die Presse oder in Versammlungen – zu äußern. Aus diesem Grunde haben die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 8 und 9 GG) für eine freiheitliche Demokratie eine „*schlechthin konstituierende Bedeutung*“.²⁰ Sie sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „*Wesensmerkmale der Demokratie*“.²¹

2. Wehrhafte Demokratie

Problematisch ist, in welchem Umfang auch Verfassungsfeinde Minderheitenschutz genießen, also solche Personen und Personengruppen, die sich gegen die **freiheitlich demokratische Grundordnung** richten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG weist der Begriff der freiheitlichen Demokratischen Grundordnung²² folgende Merkmale auf:

- die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten,
- die Volkssouveränität,
- die Gewaltenteilung,
- die Verantwortlichkeit der Regierung,
- die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,
- die Unabhängigkeit der Gerichte,
- das Mehrparteienprinzip und
- die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung der Opposition.

²⁰ BVerfGE 7, 198 (208).

²¹ BVerfGE 80, 124 (134): Die negative Bewertung einer politischen Veranstaltung einer Partei durch staatliche Organe, die geeignet ist, abschreckende Wirkung zu entfalten und dadurch das Verhalten potentieller Veranstaltungsteilnehmer zu beeinflussen, verletzt das Recht der betroffenen Partei auf Chancengleichheit.

²² BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (140); 44, 125 (145); zuletzt etwas einengend E 144, 20 (367).

Im Grunde ist das Grundgesetz wertgebunden und tritt daher für die freiheitlich demokratische Grundordnung ein; d.h., es wehrt sich gegen ihre Gegner (**wehrhafte Demokratie**). Allerdings in recht beschränktem Umfang. Im Wesentlichen sieht das Grundgesetz nur folgende Instrumente vor:

- Nach Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG sind Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, verfassungswidrig. Über ein entsprechendes **Parteiverbot** kann nur das BVerfG entscheiden („Parteienprivileg“). Über ein Verbot sonstiger Vereinigungen (z.B. verfassungsfeindliche rechtsradikale Wehrsportgruppen oder strafrechtswidrige Rockergruppierungen) entscheiden dagegen die zuständigen Behörden der Exekutive (das für Inneres zuständige Bundes- bzw. Landesministerium), vgl. Art. 9 Abs. 2 GG.
- Zudem können bestimmte Grundrechte verwirkt werden, wenn diese zum Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung missbraucht werden, Art. 18 GG. Auch über die Grundrechtsverwirkung kann nur das BVerfG entscheiden.
- Für Beamte besteht ein „hergebrachter Grundsatz des Beamtentums“ i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG, wonach sie die Gewähr dafür bieten müssen, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten.²³ Dieser Grundsatz ist einfachgesetzlich in § 7 Abs. 1 Nr. 2 und § 33 Abs. 1 Satz 2 Beamtenstatusgesetz konkretisiert.

Diese Zurückhaltung im Grundgesetz gegenüber Verfassungsfeinden hat einen guten Grund, den *Ernst Wolfgang Böckenförde* auf den Punkt gebracht hat (sog. Böckenförde-Theorem): „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*“²⁴. Das bedeutet, dass ein freiheitlicher Staat spiegelbildlich von der demokratischen Akzeptanz seiner Bürger abhängt, die er nicht selbst beeinflussen kann, da er im Kampf gegen seine Gegner selbst Gefahr läuft, die Freiheit seiner Bürger übermäßig zu beschneiden und im „Kampf um das Gute“ zum totalitären, also nicht mehr freiheitlichen, Staat gerät.

E. Rechtsstaat

Rechtsstaat bedeutet, dass die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und im Rahmen der Gesetze mit dem Ziel der

²³ BVerfGE 39, 334.

²⁴ Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 60.

Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist.²⁵ Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 1 Abs. 3 GG enthalten mit der Gewaltenteilung und der Bindung aller Staatsgewalt an „Recht und Gesetz“ (insbes. der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) wichtige Teilelemente des Rechtsstaatsprinzips. Darüber hinaus bestehen eine Reihe weiterer Einzelausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, die nachfolgend dargestellt werden. Grundsätzlich kann der Gedanke des Rechtsstaates nicht abschließend auf den Punkt gebracht werden. Das fundamentale Prinzip erschließt nur anhand seiner konkretisierten Ausformungen, die sich aus einer Gesamtinterpretation des Grundgesetzes ergeben.

I. Gewaltenteilung

Die Ausübung der Staatsgewalt ist nach dem Grundgesetz auf die drei Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Judikative verteilt. Die verfassungsrechtliche Grundlage der Gewaltenteilung²⁶ findet sich in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG: „[Die Staatsgewalt] wird (...) durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ Die Funktion der Gesetzgebung nimmt auf Bundesebene der Bundestag unter Beteiligung des Bundesrates wahr.²⁷ Er erlässt Parlamentsgesetze („formelle Gesetze“), die *abstrakt-generelle* Regelungen enthalten. Beispiele sind das Bundespolizeigesetz oder das Jugendschutzgesetz. Die Exekutive, an deren Spitze im Bund die Bundesregierung steht, vollzieht diese Gesetze, indem sie zur Umsetzung *auf den Einzelfall bezogene Entscheidungen* erlässt. Gerichte als Dritte Gewalt im Staat sind für die Rechtsprechung zuständig. Sie ist unabhängigen und nur dem Gesetz unterworfenen Richtern anvertraut (Art. 92 und 97 Abs. 1 GG).

Die Aufteilung der drei Staatsfunktionen wird ergänzt durch ein System wechselseitiger personeller und sachlicher Abhängigkeiten und Kontrollen („**checks and balances**“). Dadurch soll verhindert werden, dass eine der Staatsgewalten zu mächtig wird. Wesentliche Ausprägungen des Systems des wechselseitigen Kontrollsystems der drei Staatsgewalten sind, z.B.:

25 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 1, 1984, § 20 III 1, S. 781.

26 Zum Gewaltenteilungsgrundsatz vgl. Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2012, 314.

27 Die Funktion der Gesetzgebung wird auf Bundesebene hauptsächlich durch Bundestag und Bundesrat wahrgenommen. Beide Organe haben (neben der Bundesregierung) ein Gesetzesinitiativrecht (Art. 76 Abs. 1 GG). Der Bundestag beschließt die Gesetze (Art. 77 Abs. 1 GG) und beteiligt den Bundesrat. Im Falle eines zustimmungspflichtigen Gesetzes kommt das Gesetz nur mit Zustimmung des Bundesrates zustande, anderenfalls kann er Einspruch erheben, der jedoch vom Bundestag überstimmt werden kann (Art. 77 und Art. 78 GG).

- Die Bundesregierung und die Verwaltung sind an die vom Bundestag *erlassenen Gesetze* gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Umgekehrt ist die Bundesregierung aber am Gesetzgebungsverfahren insoweit beteiligt, als ihr ein Initiativrecht zusteht (Art. 76 Abs. 1 GG).
- Die *rechtsprechende Gewalt überwacht* als Verfassungsgerichtsbarkeit die Tätigkeit der Legislative und Handlungen der Regierung (Art. 93 Abs. 1 GG). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit überwacht die Handlungen der Behörden als Teil der Exekutive. Spezielle Gerichtszweige bestehen für die Überprüfung der Finanz- und Sozialbehörden (vgl. Art. 95 Abs. 1 GG).

Die drei Staatsgewalten und deren Wahrnehmung sollen grundsätzlich durch verschiedene Personen wahrgenommen werden (personelle Gewaltenteilung oder **Inkompatibilität**). Zum Beispiel darf der Bundespräsident als Exekutivorgan gem. Art 55 Abs. 1 GG weder dem Bundestag noch einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören.

II. Grundrechtsbindung der Staatsgewalt: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

Das Rechtsstaatsprinzip fordert die **Existenz von Grundrechten**²⁸. Die Grundrechte wiederum schützen den Bürger vor unverhältnismäßigen Übergriffen des Staates und verschaffen ihm den notwendigen Freiraum zur Entfaltung seiner Persönlichkeit im Privatleben, in der Familie, in Vereinen, im Wirtschaftsleben usw. Hierzu sind gem. Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gewalten verpflichtet: „*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.*“ Aus dieser Formulierung folgt zweierlei. Zunächst kommt zum Ausdruck, dass die Grundrechte allen staatlichen Willensäußerungen (Gesetz, Verwaltungshandeln oder Gerichtsentscheidungen) vorgehen. Widerspricht eine staatliche Handlung einem Grundrecht, ist diese Handlung verfassungswidrig. Zum anderen müssen alle staatlichen Gewalten die Grundrechte stets beachten, sie sind „unmittelbar geltendes Recht“. Jeder Bürger kann sich gegenüber der Verwaltung und den Gerichten auf seine Grundrechte berufen.

Das Zusammenleben in der staatlichen Gemeinschaft wird aber nicht allein durch die Grundrechte geregelt. Der Gesetzgeber ist dazu berufen, Gesetze zu erlassen, die die teilweise sehr allgemeinen Formulierungen der Grund-

²⁸ Vgl. Knauff, VR 2012, 188 m.w.N.

rechte in speziellere Regelungen umsetzen. In allen wichtigen Lebensbereichen, die die Grundrechte des Bürgers betreffen, ist der Gesetzgeber aufgrund des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips *verpflichtet*, die grundlegenden und wesentlichen staatlichen Entscheidungen durch Gesetz selbst zu treffen (sog. **Wesentlichkeitstheorie** oder **Parlamentsvorbehalt**)²⁹. Er darf diese Entscheidungen nicht der Exekutive (etwa durch Regelung in einer Rechtsverordnung) überlassen³⁰.

1. Vorbehalt des Gesetzes

Diese Herrschaft des Gesetzes hat ihren Grund darin, dass die Exekutive nicht aus eigener Machtvollkommenheit in Grundrechte des Bürgers eingreifen soll, sondern nur anhand einer vorgegebenen gesetzlichen Regelung (sog. **Eingriffsverwaltung**). Dies besagt der *Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, der durch Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt. Er findet seine Rechtfertigung darin, dass der einzelne Bürger in allgemeiner Weise, d.h. durch Gesetz, erkennen können soll, welche Pflichten ihm der Staat in einer besonderen Situation auferlegt. Von dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes kann eine Ausnahme gelten, wenn der Staat nicht in Rechte des Bürgers eingreift, sondern an den Bürger Leistungen erbringt (sog. *Leistungsverwaltung*), z.B. bei der Vergabe von Subventionen³¹.

2. Vorrang des Gesetzes

Neben dem Vorbehalt des Gesetzes ist der Vorrang des Gesetzes zu beachten. Das Gesetz geht jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor, sodass die Behörden uneingeschränkt die geltenden Gesetze zu beachten und anzuwenden haben. Dies bedeutet, dass das Verwaltungshandeln nicht nur von einem bestimmten Gesetz gedeckt sein muss (Vorbehalt des Gesetzes), sondern auch nicht gegen andere gesetzliche Bestimmungen verstoßen darf.

Beispielsweise dürfte ein Polizeibeamter nicht gem. § 8 Abs. 1 PolG NRW einen betrunkenen Autofahrer auffordern, das verbotswidrig geparkte Auto wegzufahren (Straftat nach § 316 StGB).

29 BVerwG NVwZ-RR 2014, 767 (768).

30 Zu Wesentlichkeitstheorie bzw. Parlamentsvorbehalt, Kalscheuer/Jacobsen, DÖV 2018, 523 ff.

31 Sehr strittig, vgl. Jarass, NVwZ 1984, 473.

3. Normenhierarchie, formelle Gesetze, materielle Gesetze und Verwaltungsvorschriften

In der nationalen Normenhierarchie steht das **Grundgesetz** an der Spitze. Sofern andere Gesetze hiergegen verstoßen, sind sie verfassungswidrig und damit nichtig.

Im Rang unter dem Grundgesetz stehen die **formellen Gesetze** (Parlamentsgesetze). Damit sind Gesetze gemeint, die vom zuständigen Bundes- oder Landesparlament nach den in den einschlägigen Verfassungen (Grundgesetz oder Landesverfassungen) geregelten förmlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden.

Beispiel: Die StPO ist ein formelles Bundesgesetz, das PolG NRW ein formelles Landesgesetz.

Solche Parlamentsgesetze dürfen nur vom BVerfG für nichtig erklärt werden. Hält ein Fachgericht ein Parlamentsgesetz für verfassungswidrig, muss es dem BVerfG diese Frage vorlegen (konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG). Formelle Gesetze stellen den verfassungsrechtlichen Regelfall dar, denn sie sind vom originär zuständigen Gesetzgebungsorgan, dem Parlament als Legislative, erlassen.

Bloß materielle Gesetze sind abstrakt-generelle Regelungen, die **von der Exekutive** erlassen und damit eine (verfassungsrechtlich anerkannte) Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes darstellen, wie etwa Rechtsverordnungen (z.B. städtische Hundeanleinverordnung) oder Satzungen (z.B. Gemeindegesetz über Streupflicht, Bebauungspläne). Der Erlass einer Rechtsverordnung setzt nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes stets eine formell-gesetzliche Ermächtigung voraus, durch die die Exekutive (ausnahmsweise) zur Normsetzung berechtigt wird. Im Wege der Ermächtigung durch formelles Gesetz weist die Legislative der Exekutive Rechtsetzungsbefugnisse zu. Dies ist auch notwendig. Denn die Parlamente wären völlig überlastet, müssten sie „jede Kleinigkeit“ und ausufernde Detailfragen eigenständig regeln. Zur ihrer Entlastung können sie einzelne Sachverhalte durch Gesetz an die Exekutive delegieren, vgl. Art. 80 GG. Allerdings muss das Parlament die „wesentlichen“ Fragen selbst abschließend durch Gesetz klären (Wesentlichkeitstheorie bzw. Parlamentsvorbehalt)³².

32 Dazu im Einzelnen Kalscheuer/Jacobsen, DÖV 2018, 523 ff.

Beispiel: Die Fahrerlaubnisverordnung (FeV) und die Straßenverkehrsordnung (StVO) sind bloß materielle Gesetze, die von der Exekutive in Gestalt des Bundesverkehrsministerium für Verkehr erlassen wurden und umfassende Regelungen über die Zulassung von Personen im Straßenverkehr (FeV) und Verkehrsregelungen usw. (StVO) enthalten. Solch detaillierte Regelungen kann der Bundestag nicht treffen. Deshalb wurde die Exekutive in einem formellen Gesetz, dem Straßenverkehrsgesetz (StVG), ermächtigt bestimmte Sachbereiche durch Rechtsverordnung (FeV und StVO) zu regeln (vgl. z.B. § 6 StVG).

Rechtsverordnungen und Satzungen stehen im Rang unter den formellen Gesetzen. D.h. sie müssen nicht nur umfassend mit der Verfassung vereinbar sein, sondern dürfen auch nicht in Widerspruch mit Parlamentsgesetzen geraten. Solche materiellen Gesetze kann jedes Gericht prüfen und muss sie – anders als formelle Gesetze, für die die Verwerfungskompetenz beim BVerfG liegt – im konkreten Rechtsstreit nicht berücksichtigen, wenn es diese für verfassungswidrig oder aus sonstigen Gründen für rechtswidrig (Verstoß gegen höherrangiges Gesetzrecht) hält.

Keine Gesetze stellen sog. **Verwaltungsvorschriften** dar. Verwaltungsvorschriften sind „Vorschriften der Verwaltung für die Verwaltung“ (z.B. Erlasse) und damit **reines Innenrecht** und keine Gesetze mit Bindungswirkung im Außenverhältnis. Als Nicht-Gesetze haben sie im Verhältnis Bürger/Staat keine Geltungswirkung. Verwaltungsvorschriften können Gesetze nicht verdrängen. Ihr Hauptzweck ist es, die einheitliche Auslegung und Anwendung von Gesetzen durch die Verwaltung zu gewährleisten. Verwaltungsvorschriften wenden sich nur an die damit befassten Behörden, sind für sie nur im Innenverhältnis verbindlich und für Bürger oder Gerichte völlig unbeachtlich.

Beispiel:³³ Der Polizeibeamte A erteilt auf Wunsch der örtlichen Geschäftsinhaber und des Bürgermeisters Platzverweise gegen verwarhloste Personen, die sich im Innenstadtbereich aufhalten. Er weiß zwar, dass die Voraussetzungen eines Platzverweises nach § 34 Abs. 1 PolG NRW nicht vorliegen, stützt sein Handeln aber auf Nr. 1.1 PDV 100. Dort steht, dass „Polizeiliches Handeln über die Bindung an Recht und Gesetz

33 Vgl. dazu den Klausurfall von Braun/Hummels, PolizeiInfoReport 4/2018, 21.

hinaus politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen hat“. A hat rechtswidrig gehandelt. Eingriffe in Grundrechte können nur Gesetze rechtfertigen. Die PDV 100 ist aber kein Gesetz, sondern Verwaltungsvorschrift, die im Außenverhältnis zum Bürger keine Wirkung entfalten kann.

III. Rechtssicherheit: Bestimmtheitsgrundsatz und Vertrauensschutz

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Der **Bestimmtheitsgrundsatz** verlangt vom Gesetzgeber eine inhaltlich klare und hinreichend bestimmte Regelung, die dem Normunterworfenen eindeutig vermittelt, was seine Rechte und Pflichten sind.³⁴ Das Bestimmtheitsgebot soll also die Verlässlichkeit des Rechts sicherstellen. Das Bestimmtheitsgebot ist im Grundgesetz nicht explizit festgeschrieben. Der Bestimmtheitsgrundsatz gilt aber einfachgesetzlich für alle Einzelakte der vollziehenden Gewalt gem. § 37 Abs. 1 VwVfG NRW. Für den Bereich des Strafrechts besteht indes eine explizite grundgesetzliche Regelung, Art. 103 Abs. 2 GG (**Nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia**). Diese besondere Regelung lässt sich damit rechtfertigen, dass Strafmaßnahmen besonders intensive Eingriffe des Staates in die Rechtssphäre des Bürgers bewirken. Es sind recht strenge Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafnormen zu stellen.

Außerhalb des Strafrechts hat das Bestimmtheitsgebot keine besondere Bedeutung in der Rechtspraxis. Insbesondere ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz die Verwendung **unbestimmter Rechtsbegriffe** auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite vereinbar. Dies ist auch erforderlich. Die Vielgestaltigkeit des Lebens kann durch abstrakt-generelle Regelungen, wie sie Gesetze darstellen, nicht stets eindeutig erfasst werden. Ansonsten wären Gesetze „zu spät“ oder es gäbe „zu viele“.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dadurch gekennzeichnet, dass ihre Auslegung mehrere Ergebnisse zulässt. Dies kann der Gesetzgeber bewusst zugelassen haben, um der *Verwaltung Spielräume für ihre Einzelfallentscheidungen* zu gewähren. Gesetzestechnisch geschieht dies durch Verwendung

³⁴ BVerfGE 56, 1 (13).

sog. *unbestimmter Rechtsbegriffe* und/oder der Einräumung von *Ermessen* in einer Norm. Bei der Verwendung dieser Ausdrücke ist zu beachten, dass juristische Normen zumeist konditional („wenn – dann“) angelegt sind: *Wenn der Tatbestand T gegeben ist, ergibt sich die Rechtsfolge R*. Begrifflich spricht man von unbestimmten Rechtsbegriffen nur auf der Tatbestandsebene einer Norm, während das Ermessen der Rechtsfolgenseite zugeordnet wird.

Hinweis: Die nachfolgend kleiner gesetzten Ausführungen sollten erst von fortgeschrittenen Studierenden gelesen werden.

a) Unbestimmter Rechtsbegriff

Ein unbestimmter Rechtsbegriff erklärt sich sprachlich nicht aus sich selbst heraus, sondern ist in hohem Maße auslegungsfähig und daher im Einzelfall konkretisierungsbedürftig. Beispielsweise liegen gleich zwei unbestimmte Rechtsbegriffe in einer gesetzlichen Norm vor, die regelt, dass eine Behörde bei einer *Gefahr* für die *öffentliche Sicherheit* zu handeln habe (vgl. § 8 Abs. 1 PolG NRW). Durch diese Formulierung erhält die Behörde einen gewissen Freiraum, unter welchen Voraussetzungen sie einschreitet. Die damit verbundene Freiheit ist jedoch begrenzt. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind **durch Gerichte nachprüfbar**. Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes durch die Verwaltung, die den möglichen Inhalt des Wortlauts überdehnt, ist nicht mehr von der Ermächtigungsnorm gedeckt und somit rechtswidrig. Die Verwaltung genießt bei unbestimmten Rechtsbegriffen *keine Einschätzungsprerogative*, sondern unterliegt umfassender gerichtlicher Kontrolle. Unbestimmte Rechtsbegriffe werden auch regelmäßig durch nachfolgende Rechtsprechung eingegrenzt. Was zunächst als unbestimmt erscheint, wird bestimmter, wenn man es im Lichte zahlreicher einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen betrachtet. So hat die Rechtsprechung bald festgestellt, dass eine „*Gefahr*“ nur besteht, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zeit ein Schaden für polizeiliche Rechtsgüter zu erwarten ist; zudem umfasst nach der Rechtsprechung die „*öffentliche Sicherheit*“ nur bestimmte Individualrechtsgüter, die Verhaltenspflichten aus der objektiven Rechtsordnung und die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates³⁵. Und auch diese allgemein gehaltenen Definitionen der Rechtsprechung werden durch weitere Urteile im Einzelfall weiter präzisiert; etwa, dass die Durchführung einer Geschwindigkeitsmessung eine „staatliche Veranstaltung“ darstellt und vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit erfasst ist.³⁶

35 Vgl. etwa ProVG, Urt. v. 21.6.1923 = ProVGE 78, 267 (271); Urt. v. 27.9. 1923 = ProVGE 78, 272 (278) zur Entwicklung siehe auch D/W/V/M, Gefahrenabwehr, S. 332 f. m.w.N.

36 OVG Münster NJW 1997, 1596.

b) Ermessen

Von Ermessen³⁷ spricht man, wenn ein Gesetz auf der **Rechtsfolgende** der handelnden Behörde einen Spielraum einräumt, wie bei allen Ermächtigungsgrundlagen des PolG NRW. Sprachlich kommt dies durch die Verwendung des Wortes „kann“ oder „darf“ zum Ausdruck: Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen (= Tatbestand) erfüllt sind, *kann* die Behörde eine bestimmte Maßnahme treffen. Das Ermessen kann unterschiedlich ausgestaltet sein, jedoch müssen ihr zumindest zwei Handlungsalternativen zur Verfügung stehen, nämlich eine Maßnahme zu unterlassen bzw. sie zu ergreifen, z.B. einen Platzverweis nach § 34 Abs. 1 PolG. Darüber hinaus ist es möglich, dass der Behörde aufgrund der Formulierung des Gesetzes, wenn sie sich zum Handeln entschieden hat, *verschiedene* Handlungsmöglichkeiten zur Auswahl gegeben werden. Das ist beispielsweise bei der polizeilichen Generalklausel der Fall, nach der die Polizei die „*notwendigen* Maßnahmen“ treffen kann.

Insbesondere der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (dazu sogleich V.) reduziert und lenkt die Ermessensausübung. Nur verhältnismäßige Maßnahmen eröffnen Handlungsalternativen für die einschreitenden Polizeibeamten, aus denen sie unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten diejenige auswählen können, die ihnen für den konkreten Fall als sachgerecht erscheint.

Das einer Behörde eingeräumte Ermessen kann im Einzelfall unter besonderen Umständen *reduziert* sein, selbst wenn der Wortlaut des Gesetzes dies nicht vorsieht. Solche Umstände ergeben sich in rechtlicher Hinsicht z.B. aus der **Einwirkung eines Grundrechts auf die Entscheidungsfindung der Behörde**. Ist das Ermessen derart reduziert, dass nur noch eine einzige Entscheidung rechtmäßig ist, spricht man von einer *Ermessensreduzierung auf Null*. Im polizeilichen Bereich ist dies der Fall, wenn es um den Schutz hochrangiger Rechtsgüter des Bürgers geht. Ob eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt, ist im Rahmen einer Güterabwägung zu ermitteln. Ermessensreduzierende Gründe sind dabei:³⁸

- Schwere und Ausmaß der Gefahr,
- die hohe Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts und
- die Möglichkeit der Polizei zum Handeln und das Fehlen anderer vorrangiger Aufgaben.

Überwiegt das Integritätsinteresse des gefährdeten Rechts, ist die Polizei verpflichtet, Schutzmaßnahmen zu treffen. Der schutzsuchende Bürger hat dann einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten.³⁹ Eine Ermessensreduktion auf Null liegt stets vor bei „erheblichen Gefahren für wesentliche Rechtsgüter“⁴⁰.

37 Vgl. dazu Braun, PSP 1/2017, 3 ff.

38 Heckmann, in: B/H/K/M, Teil 3 Rn. 144.

39 Kingreen/Poscher, POR § 10 Rn. 44 ff.

40 BVerwGE 11, 95 (97); D/W/V/M, Gefahrenabwehr, S. 369 ff.

Beispiel: Die Polizei wird alarmiert, dass in einer Kneipe eine Messerstecherei im Gange ist. Hier ist die Polizei zum Handeln verpflichtet, um eine akute Lebensgefahr abzuwehren. Tut sie dies nicht, handelt sie ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

2. Vertrauensschutz: Rückwirkung von Gesetzen

Neben dem Bestimmtheitsgrundsatz gehört der Vertrauensschutz zu den rechtsstaatlichen Anforderungen der **Rechtssicherheit**. Danach sollen die Bürger darauf vertrauen dürfen, dass auf Grund einer bestimmten Rechtslage einmal getroffene Dispositionen grundsätzlich nicht durch nachträgliche Rechtsänderung entwertet werden. Für Strafgesetze ist ein solches Rückwirkungsverbot ausdrücklich in Art. 103 Abs. 2 GG geregelt, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, *bevor* die Tat begangen wurde.

Im Übrigen ist stets eine sog. **echte Rückwirkung**⁴¹ unzulässig, bei der ein bereits abgeschlossener Lebenssachverhalt einer neuen, ungünstigeren Rechtslage unterworfen wird.

Beispiel: A hat sein Studium „Polizeivollzugsdienst“ erfolgreich beendet und seine Bachelor-Urkunde erhalten. Wenige Wochen später wird die Studienordnung rückwirkend derart geändert, dass nun für einen erfolgreichen Studienabschluss eine bestandene Englisch-Prüfung erforderlich ist. A wird daraufhin sein Studienabschluss bis auf weiteres aberkannt, er soll den Englisch-Test nachholen. – Unzulässige echte Rückwirkung.

Zulässig kann dagegen eine **unechte Rückwirkung** sein,⁴² bei der ein in der Vergangenheit begonnener, aber *noch nicht abgeschlossener* Lebenssachverhalt zum Nachteil des Betroffenen neu geregelt wird.

Beispiel: A hat gerade sein Grundstudium im Studiengang Polizeivollzugsdienst erfolgreich absolviert. Nun wird die Studienordnung mit

41 Dazu vertiefend Görisch, JuS 1997, 394 sowie im Überblick Hobe, JA 1994, 394; vgl. zum Rückwirkungsverbot auch Wernsmann, JuS 1999, 1177 ff. und 2000, 39 ff.

42 Dazu Görisch, JuS 1997, 394 ff.